

# DESTRUYENDO MITOS. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESCLARECIMIENTO DE HECHOS EN EL PROCESO PENAL

DESTROYING MYTHS.  
FUNDAMENTAL LAWS AND CLARIFICATION OF FACTS IN THE PENAL PROCESS.

L. IVÁN DÍAZ GARCÍA\*

Fecha de recepción: 5 de enero de 2010.  
Fecha de aceptación: 29 de enero de 2010.

## **Resumen**

El interés en esclarecer los hechos y el interés por tutelar los derechos fundamentales constituyen, de acuerdo con la doctrina prevaleciente, pretensiones incompatibles en el ámbito procesal penal. Sin embargo, esa contraposición necesaria es resultado de un inadecuado análisis respecto del modo en que se relacionan ambos intereses. En efecto, mientras la indemnidad de algunos derechos fundamentales puede perjudicar el esclarecimiento de los hechos, la indemnidad de otros puede favorecer una decisión procesal penal más ajustada al modo en que realmente ocurrieron los hechos.

## **Abstract**

*The interest in clarifying the facts and the interest to protect fundamental rights are, according to the prevailing doctrine, incompatible claims in the area of criminal procedure. However, the necessary contrast is the result of inadequate analysis as to how both interests relate. Indeed, while the indemnity of certain fundamental rights may interfere with determination of facts, the indemnity of others may encourage criminal procedural decision best suited to the way it really happened.*

**Palabras clave:** Derechos fundamentales, sentencia, hechos, razonamiento.

**Key words:** *Fundamental laws, sentence, fact, reasoning.*

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Profesor de la Universidad Católica de Temuco. Dirección Postal: Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Manuel Montt 056, Campus San Francisco, Temuco, Chile. Dirección electrónica: [ivandiaz@uct.cl](mailto:ivandiaz@uct.cl)

## 1. Introducción

Toda sentencia de condena en materia penal debe justificarse estructuralmente en al menos tres razonamientos. El primero de ellos es un juicio sobre los hechos y toma la forma de una inducción fáctica. Esa inducción tiene como premisas los medios de prueba y la información probatoria proveída por los mismos, y como conclusión una afirmación respecto del modo en que acaecieron los hechos. El segundo razonamiento constituye un juicio sobre el Derecho y adopta la forma de una deducción jurídica. Esta deducción consiste en determinar la calificación jurídica del hecho y se fundamenta en la afirmación respecto del modo en que acaecieron los hechos recién referidos y en una norma jurídica aplicable para calificarlos. El tercer razonamiento es la decisión o fallo y consiste en un silogismo práctico que tiene como premisas la calificación jurídica de los hechos y una norma jurídica que establece la consecuencia jurídica aplicable, y como conclusión la condena. Esta es, pues, la estructura material de una sentencia penal de condena<sup>1</sup>.

El juicio de hecho, que es el primero de los tres razonamientos recién referidos y el ámbito en el que se desenvuelve este trabajo, presenta importantes complejidades de nivel filosófico, epistemológico y procesal. Por su parte, en cada uno de estos niveles resulta posible identificar múltiples problemas de diverso calado. La presente investigación enfrenta precisamente uno de los problemas de carácter epistemológico que se relacionan con el juicio de hecho. Ese problema consiste en elucidar la relación existente entre los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos en el proceso. Para ser más precisos, el problema consiste en determinar si la afectación de los derechos fundamentales tiene incidencia en el esclarecimiento de los hechos y la participación.

Pues bien, frente a este problema parece posible identificar al menos dos posiciones.

La primera de ellas, que es la perspectiva generalizada, sostiene que el respeto de los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos son finalidades incompatibles. Esto significa que la intangibilidad de los derechos fundamentales conduce a un juicio de hecho de mala calidad, pues disminuye la posibilidad de esclarecer el hecho. Por lo mismo, un incremento de la calidad epistemológica del proceso penal conduce inevitablemente a una mayor injerencia o afectación de los derechos fundamentales. Esta perspectiva conduce a una encrucijada que puede ser formulada del siguiente modo: o se esclarecen los hechos o se respetan los derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup>. Lo que aquí se ha denominado estructura material de la sentencia condenatoria penal se ha construido a partir de lo expuesto por DE ASÍS ROIG, Rafael, en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 102, y FERRAIOLI, Luigi, en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 64.

Frente a esa perspectiva que se edifica sobre la idea de contraposición, la propuesta de este trabajo sugiere como criterio la distinción. De acuerdo con esta última, mientras el respeto de ciertos derechos fundamentales disminuye las posibilidades de determinar si el hecho efectivamente ha acaecido, el respeto de otros la incrementa. Por tanto, si bien la intangibilidad de algunos derechos perjudica la calidad epistemológica del juicio de hecho, la intangibilidad de otros la beneficia. En consecuencia, el esclarecimiento del hecho y la participación y el respeto de los derechos no son finalidades necesariamente incompatibles.

El problema, como puede suponerse, no es baladí. La Constitución chilena, en sintonía con el Derecho comparado, condiciona la realización de diligencias de investigación que afecten derechos fundamentales a la existencia de autorización judicial<sup>2</sup>. Esto significa que si el órgano de persecución penal y las policías desean realizar diligencias tendientes a esclarecer los hechos que afecten tales derechos, deben contar previamente con una resolución judicial que los autorice.

En este escenario, el juez necesita un criterio que le permita determinar en qué casos conceder y en qué casos rechazar la injerencia en los derechos fundamentales. Uno de esos criterios consiste precisamente en la relación entre afectación de derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos.

A la exposición de ambas perspectivas, es decir, a la edificada sobre la base de la confrontación y a la edificada sobre la base de la distinción, se dedica el presente título. Pivotando entre ambas se expondrá una propuesta formulada por Marina Gascón, la que presenta un interesante grado de sintonía con la expuesta en este trabajo.

## 2. La contraposición como perspectiva doctrinaria prevaleciente

Parece posible afirmar que, en general, los autores entienden que son incompatibles el respeto de los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos en el ámbito penal. Entre quienes pueden ser inscritos en esta perspectiva parece posible distinguir dos grandes posiciones. Así, algunos autores entienden que el disfrute de la generalidad de los derechos fundamentales se contrapone a las posibilidades de esclarecer los hechos. Otros autores, en cambio, establecen esta contraposición solo con algunos derechos fundamentales.

---

<sup>2</sup>. Al respecto, dispone el artículo 83, inciso tercero, de la Constitución chilena: “Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”.

## 1. Contraposición con la generalidad de los derechos fundamentales

Entre aquellos autores que contraponen el respeto de la generalidad de los derechos fundamentales con la posibilidad de esclarecer los hechos investigados es posible distinguir dos grupos.

El primero de ellos destaca esta contraposición en forma expresa e inequívoca. Así, por ejemplo, Muñoz-Conde expresivamente destaca esta contraposición al afirmar que el Derecho penal se encuentra dividido entre la pretensión de averiguar la verdad y la imposibilidad de hacerlo por efecto de los derechos fundamentales<sup>3</sup>. Por su parte, López-Fragoso afirma que las garantías del ámbito procesal penal establecidas en la Constitución pueden resultar incompatibles con la pretensión de alcanzar la verdad<sup>4</sup>. La opinión es compartida por Zuloaga, quien sostiene que la búsqueda de la verdad es la instancia en que se manifiesta más claramente la tensión entre pretensión punitiva y tutela de derechos fundamentales<sup>5</sup>. Por último, y en una posición inequívocamente inscrita en la perspectiva que se revisa, Martínez Pérez afirma que la renuncia a la verdad material es el precio que se paga por respetar los derechos fundamentales<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> MUÑOZ-CONDE, en *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000, pp. 43 y 44, expresa al respecto: “La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula ciertamente la forma y el modo en que han de practicarse este tipo de pruebas con el fin de que pueda llegarse a reconstruir lo más exactamente posible la realidad de lo sucedido. Pero la misma regulación legal puede ser a veces un obstáculo para el averiguamiento de la verdad propiamente dicha”. Y añade: “el Derecho procesal penal, como cantaba Antonio Machín, tiene su corazón dividido entre dos amores: por un lado, el Derecho penal material, del que recibe el encargo de averiguar los delitos y castigar a los culpables; por otro lado, el Derecho constitucional, que le impone determinados límites en esa actividad investigadora y enjuiciadora, inspirados en los derechos fundamentales que la misma Constitución garantiza y reconoce”.

<sup>4</sup> La Constitución española de 1978, expresa LÓPEZ-FRAGOSO en *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, en/ Revista Derecho y salud: publicación oficial de la Asociación de Juristas de la salud [on line], julio-diciembre 1995, Vol. 3, Núm. 2 [citado 10 noviembre 2007], p. 226, “interpretada por el Tribunal Constitucional, impone un sistema procesal penal revestido de un conjunto de garantías, las cuales pueden chocar en aspectos concretos con el fin de la ciencia natural de alcanzar la verdad de los hechos”.

<sup>5</sup> ZULUAGA TABORDA en *Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o “Sistema procesal penal acusatorio”*, en/ Revista Co-Herencia, Universidad EAFIT [on line], Núm. 6 [citado 10 noviembre 2007], sin paginación, afirma a este respecto: “El ejercicio de la acción estatal de búsqueda de la verdad, verificación de sospechas y acopio del material probatorio, es la instancia en la que mejor se expresan, en el proceso penal, las relaciones de tensión de la naturaleza fluida del poder punitivo con los imperativos axiológicos recogidos en la Constitución”.

<sup>6</sup> Sostiene MARTÍNEZ PÉREZ en *Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal*, en/ Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, *El Nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño* [on line], [citado 25 noviembre 2008], p. 8, que “la renuncia a la verdad material que hace el nuevo Código Procesal Penal, es el precio que tenemos que pagar como sociedad democrática y que el estado de derecho paga por la prevalencia –y preeminencia agregaría yo– de los derechos fundamentales del hombre”.

Un segundo grupo de autores contrapone el efectivo disfrute de los derechos fundamentales y el esclarecimiento del hecho y la participación de manera implícita. Es, por ejemplo, el caso de Vacani, quien habla de un “Choque” entre la “eficiencia” del proceso penal y el respeto del “sistema de garantías” del individuo<sup>7</sup>. En la misma línea se inscribe Subijana, quien, en la búsqueda de armonizar el interés en descubrir la verdad y respetar los derechos de los ciudadanos, propone diversificar los efectos derivados de infringir estos derechos al obtener pruebas<sup>8</sup>. Siempre en igual sentido, Guzmán sugiere que el proceso penal debe establecer un mecanismo que permita conciliar la tutela de los derechos fundamentales del imputado con la eficacia en la persecución penal<sup>9</sup>. En fin, y sin pretensiones de exhaustividad, Moreno Catena sostiene que el sistema jurídico ha logrado compatibilizar la salvaguarda de los derechos fundamentales con el deber de investigación y castigo de los delitos<sup>10</sup>.

Como se puede advertir, ninguno de los autores citados en este segundo grupo afirma una expresa oposición entre derechos fundamentales y esclarecimiento de los

7. En lo pertinente, textualmente expresa Vacani en *Hacia un cambio metodológico. Análisis de las prácticas penitenciarias y judiciales a la luz de la lógica de los campos*, INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales) [on line], [citado 7 noviembre 2007], p. 2: “Por ende la antinomia fundamental que enmarca el choque entre eficiencia y sistema de garantías en el desarrollo de las anteriores etapas del proceso judicial no es la misma de la que se enmarca en el proceso de ejecución penal”.

8. SUBIJANA ZUNZUNEGUI en *Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal* /en/ Eguzkilore (Flor protectora contra las fuerzas negativas), Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología [on line], octubre 1997, Núm. 10 extraordinario [citado 10 noviembre 2007], p. 155, propone que “en la latente tensión entre la búsqueda de la verdad material, como finalidad teleológica del proceso penal, y el respeto a los derechos subjetivos de los ciudadanos, deben diversificarse los efectos jurídicos anudables a la obtención de fuentes de prueba, vulnerando los requisitos contenidos en la norma básica del ordenamiento jurídico, de las consecuencias predicables de la obtención realizada respetando el abanico de restricciones instituidas en la CE, pero obviando requisitos impuestos por la legislación infraconstitucional”.

9. GUZMÁN FLUJÁ, VICENTE C., *El agente encubierto y las garantías del proceso penal* /en/ Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 4, expresamente establece la contraposición entre verdad y derechos al afirmar que “los términos del debate entre éxito en la persecución del delito y respeto de los derechos del acusado podrían sintetizarse diciendo que un sistema procesal penal, especialmente en lo que se refiere a la prueba, no solo debe inspirarse en el respeto a las normas que garantizan los derechos del acusado, ni tampoco solo en la prescripción de cuanto sea apto para descubrir “la verdad”, y en general, garantizar una eficaz persecución.; debe mirar o debe servir, más esencialmente, para establecer “disposiciones jerárquicas entre valores procesales y extraprocesales”, regulando el modo de resolver en caso de eventuales colisiones entre garantía y eficacia”.

10. Textualmente afirma el catedrático MORENO CATENA en *Presente y futuro del proceso penal español* /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVI, Núm. 2 (1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 80: “El ordenamiento jurídico ha conseguido establecer una triple barrera de protección de los derechos fundamentales, que pretende compatibilizar su oportuna salvaguarda con otras exigencias o responsabilidades públicas, señaladamente la política criminal, es decir, el deber de investigación y castigo de los delitos”.

hechos en el proceso penal. Sin embargo, esta idea se manifiesta de manera implícita, pero inequívoca, en sus planteamientos.

## 2. Contraposición con ciertos derechos fundamentales

Frente al grupo de autores que contrapone la generalidad de los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos y de la participación en el ámbito penal, es posible reconocer un segundo grupo. Se trata de aquellos que coinciden en establecer una contraposición, pero solo con los derechos fundamentales que específicamente señalan.

Entre tales autores es posible mencionar a González, quien tácitamente opone el respeto de los derechos relativos a la prueba con las posibilidades de alcanzar la verdad<sup>11</sup>. Vidal Fueyo, por su parte, directamente afirma que en el ámbito procesal penal se manifiesta una inevitable tensión entre la persecución del delito y el contenido de ciertos derechos fundamentales<sup>12</sup>. Seguramente en la misma posición puede inscribirse la perspectiva de Albiñana, para quien el interés en alcanzar la verdad ha sido condicionado al respeto de ciertas reglas básicas<sup>13</sup>.

Conviene destacar que los autores de este grupo no se pronuncian respecto de la relación entre el disfrute de los demás derechos fundamentales, es decir, los que no mencionan, y el esclarecimiento de los hechos. Es esta circunstancia la que permite sostener que su propuesta coincide con la de los autores con anterioridad. Todos ellos postulan la contraposición como criterio de relación entre ambos extremos.

<sup>11</sup>. En este sentido GONZÁLEZ GARCÍA en *El proceso penal español y la prueba ilícita* /en/ Rev. de Derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2005, vol.18, Núm. 2 [citado 9 noviembre 2007], p. 189, manifiesta que “el derecho a la prueba, dentro de los términos del Estado de Derecho, no puede ser catalogado como un derecho ilimitado, ni siquiera en un terreno en el que la búsqueda de la verdad material adquiere el interés público que tiene en el proceso penal. Aun reconociendo la presencia de ese interés, el ordenamiento reconoce limitaciones al ejercicio de la actividad probatoria en el proceso penal, pues, como se ha dicho, ‘la verdad no puede indagarse a cualquier precio’.

<sup>12</sup>. VIDAL FUEYO en *Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal* [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 11, presenta esa contraposición de modo algo tácito cuando afirma: “Hay que recordar, por otro lado, que en el marco del proceso penal se pone de manifiesto, si cabe más que en otros órdenes jurisdiccionales, la inevitable tensión entre un interés público, en este caso el que reside en la persecución del delito, y el contenido de algunos derechos fundamentales”. Y es tácito porque con la expresión “persecución del delito” implícitamente se alude al esclarecimiento del hecho y el subsecuente castigo del culpable.

<sup>13</sup>. ALBIÑANA OLMOS en *Las intervenciones corporales en el proceso penal: Las debilidades de los procesos penales nacionales* /en/ Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 20, recuerda que “la verdad material ha sido gradualmente desplazada a favor de la exigencia de que esta se establezca por medio de un proceso legítimo, en el que sean respetadas unas reglas básicas”.

### 3. Los problemas del criterio de la contraposición

De acuerdo con lo recién expresado, no parece fácil encontrar autores que distingan entre derechos fundamentales que colaboran a determinar el hecho y la participación y derechos que perjudican esta finalidad. Esto no es de extrañar entre quienes oponen la tutela de la generalidad de los derechos y calidad epistemológica del proceso penal. Sin embargo, tampoco resulta fácil encontrar la distinción entre quienes oponen solo algunos de esos derechos y la referida calidad epistemológica<sup>14</sup>.

La larga cita de autores que recién se ha ofrecido en ningún caso puede considerarse exhaustiva. En cambio sí resulta posible tenerla por suficiente para demostrar lo señalado al iniciar este título. En efecto, la perspectiva de los autores citados parece confirmar que, al menos de modo general, la doctrina contrapone la eficacia en determinar si el hecho efectivamente ha acaecido y que una cierta persona es responsable del mismo y la indemnidad de los derechos fundamentales. Además, dicha contraposición se formula expresa o tácitamente, y tanto respecto de algunos de esos derechos como respecto de la generalidad de los mismos.

Esta perspectiva no solo es errada, como se verá más abajo, sino también inconveniente. En efecto, la disyuntiva entre respeto de los derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos conduce a una dura confrontación entre ambos intereses social y jurídicamente relevantes. La consecuencia de una tal confrontación es evidente en estos tiempos en que se demanda un incremento en el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Esa consecuencia, consiste en una mayor presión sobre el efectivo disfrute de los derechos fundamentales, a los que genéricamente se mira como “obstáculos” para lograr la “verdad” o, más técnicamente, como limitaciones a la calidad del juicio de hecho.

## III. La propuesta de Marina Gascón

En el apartado anterior se mostró que la doctrina prevaleciente considera que los derechos fundamentales constituyen un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos y la participación. Por lo mismo, un incremento en la calidad del juicio de hecho exigiría una mayor afectación de los mismos. Sin embargo, se ha dicho también que esta no es la perspectiva asumida en el presente trabajo, como se mostrará luego. En lugar de confrontar ambos extremos, aquí se postula una distinción entre derechos cuya indemnidad favorece la calidad del juicio de hecho y derechos cuya indemnidad perjudica dicha calidad.

---

<sup>14</sup>. Una notable excepción se encuentra en MARINA GASCÓN, cuyo planteamiento, según se expresó, será analizado más abajo.



En este mismo sentido, se anticipó también que Marina Gascón presenta una propuesta semejante a la de este trabajo. Es esta sintonía lo que justifica la concisa revisión de dicha propuesta. En efecto, la clasificación de los derechos fundamentales sugerida por Marina Gascón respecto de su incidencia en el esclarecimiento de los hechos constituye un aporte a la comprensión del fenómeno de los derechos fundamentales y a los objetivos de la presente tesis que no puede ser omitida.

Marina Gascón postula un modelo que denomina cognitivista para efectuar y supervisar el juicio de hecho del razonamiento judicial<sup>15</sup>. De acuerdo con dicho modelo, “la averiguación de la verdad es la finalidad principal del proceso de fijación judicial de los hechos”. Sin embargo, el proceso judicial persigue, adicionalmente, otros dos valores. Uno de ellos lo denomina estructural y el otro lo llama ideológico<sup>16</sup>.

En virtud de los valores ideológicos, que son los que aquí interesa mencionar, Gascón destaca que en la averiguación de la verdad se deben preservar ciertos valores, en especial la dignidad y libertad de las personas. “Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza”. Las limitaciones y prohibiciones de prueba, el secreto procesal y la presunción de inocencia constituyen manifestaciones de la protección de aquellos valores, según expresa la autora. Gascón denomina garantías institucionales a estas reglas que protegen la dignidad y libertad de la persona<sup>17</sup>.

Pues bien, al vincular esas garantías institucionales y el juicio de hecho, Gascón distingue tres clases de garantías: aquellas cuyo respeto contribuye a la averiguación de la verdad, aquellas cuyo respeto no provoca menoscabo en la averiguación de la verdad, y aquellas cuyo respeto dificulta la averiguación de la verdad<sup>18</sup>. Al aplicar dicha clasificación a las limitaciones o prohibiciones de prueba, la autora distingue entre aquellas reglas cuyo respeto coadyuva a la averiguación de la verdad, como la exclusión de la prueba obtenida bajo tortura, y otras cuyo respeto entorpece o no ayuda a ese fin, como la exclusión de prueba ilícita<sup>19</sup>. Como se puede advertir, se

<sup>15</sup>. GASCÓN ABELLÁN, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], pp. 1 y 2.

<sup>16</sup>. GASCÓN ABELLÁN, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 14.

<sup>17</sup>. GASCÓN ABELLÁN, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 15.

<sup>18</sup>. Al respecto, GASCÓN ABELLÁN en Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 15, textualmente afirma: “Pueden distinguirse en línea teórica tres tipos de reglas o garantías en función de su incidencia en el objetivo principal de averiguación de la verdad: garantías (institucionales) epistemológicas, si contribuyen a la averiguación de la verdad; garantías (institucionales) no epistemológicas, si al menos no producen menoscabo en la averiguación de la verdad; y garantías (institucionales) contraepistemológicas, si dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad”.

<sup>19</sup>. Sobre el punto, expresa GASCÓN ABELLÁN en Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line],



trata de una clasificación de “garantías institucionales”, como las denomina la autora, que atienden al modo en que ellas afectan la calidad del juicio de hecho.

En este punto de la exposición conviene destacar que, pese a sus virtudes, la propuesta de Marina Gascón no puede ser totalmente compartida. Ante todo, merece la pena destacar el acierto consistente en distinguir tres clases de garantías institucionales, atendiendo a su relación con la averiguación de la verdad. Este es, precisamente, el punto de sintonía con el presente trabajo. Sin embargo, no parece posible admitir que se reserve la expresión prueba ilícita solo para aquellas garantías institucionales cuyo respeto entorpece el esclarecimiento de los hechos. Tampoco parece posible acoger la genérica expresión “garantías institucionales”, pues no se sabe con claridad a qué se alude con ella. Todo esto no impide, sin embargo, reconocer los evidentes méritos de la autora, quien formula una propuesta esencialmente acertada frente a los consensos doctrinarios prevalecientes.

## IV. La distinción como criterio

### 1. Presentación del criterio

El criterio ofrecido por este trabajo postula que los derechos fundamentales admiten clasificación desde la perspectiva de su relación con el juicio de hecho. En otras palabras, es posible establecer diversas categorías de derechos fundamentales atendiendo al modo en que inciden para determinar si el hecho efectivamente ha acaecido y que una cierta persona es responsable del mismo. Este es, en esencia, el contenido del criterio. Sin embargo, una mejor explicación del mismo sugiere desarrollar un poco más la distinción.

Por una parte, existen ciertos derechos fundamentales cuya indemnidad incrementa la calidad del juicio de hecho ínsito en el razonamiento judicial. Eso significa que existe una relación directa entre el grado de respeto de tales derechos y las posibilidades de esclarecer el hecho y la participación. De este modo, un mayor grado de disfrute de esta clase de derechos fundamentales aumenta las posibilidades de realizar aquella inferencia fáctica. Por el contrario, la lesión de los mismos disminuye tales posibilidades.

---

[citado 17 julio 2007], p. 15: “dentro de las limitaciones de pruebas encontramos reglas de dos tipos. Algunas de ellas coadyuvan a la averiguación de la verdad, rechazando pruebas con bajo valor gnoseológico. El caso más claro tal vez sea la prohibición de la tortura, pues, aunque se enderece directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad ‘torcida’. Pero existen otras limitaciones de prueba (por ejemplo, la prohibición de prueba ilícitamente obtenida o la prohibición, bajo ‘secreto de Estado’, de usar como pruebas documentos que puedan afectar a la seguridad del Estado) que entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad, ya que suponen excepciones a la regla epistemológica que establece que: (iii) siempre que sea posible hacer una comprobación empírica de un hecho relevante, debe hacerse”.

Un ejemplo bastante evidente de esta primera categoría es el derecho fundamental a la integridad física de la persona, conferido en el artículo 19, número 1, inciso primero, de la Constitución chilena<sup>20</sup>. La lesión de este derecho en el ámbito penal se traduce en la obtención de información probatoria a partir de los tormentos aplicados a una cierta persona. La credibilidad de la prueba obtenida por esta vía es, por decir lo menos, débil o dudosa y, siguiendo a Beccaria, idónea para vencer las resistencias del débil e inútil frente al robusto<sup>21</sup>.

Otro ejemplo de esta categoría es el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, que puede ser adscrito al derecho fundamental al proceso justo del artículo 19, número 3, inciso quinto de la Constitución chilena<sup>22</sup>. Se trata de un mecanismo tendente a asegurar la indemnidad del imputado frente a coacciones para lograr su confesión. En otras palabras, se trataría de una garantía de la integridad física y síquica de la persona sometida a persecución penal. En efecto, este derecho enlaza “con el reconocimiento del principio de la dignidad inherente a todo ser humano que proscribe la utilización de torturas y tratos inhumanos o degradantes para arrancar una declaración no deseada”<sup>23</sup>. Por lo demás, los “tratados internacionales subordinan la validez de esa confesión a un cierto y preciso presupuesto: que no haya mediado cualquier tipo de coacción que vicie la voluntad del imputado”<sup>24</sup>.

Como se puede advertir, el respeto o indemnidad de esta categoría de derechos fundamentales incrementa la posibilidad de esclarecer los hechos. Por el contrario, la afectación de los mismos perjudica esa posibilidad.

Por otra parte se encuentran aquellos derechos fundamentales cuya indemnidad

<sup>20</sup>. El artículo 19, número 1, de la Constitución chilena expresa textualmente lo siguiente: “La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.

<sup>21</sup>. En este sentido, expresa BECCARIA, CÉSARE BONESANA MARQUEZ DE, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Fabian Di Placido, Buenos Aires, 1998, p. 139: “Cualquiera que sea de estos dos motivos, es notable la contradicción de las Leyes, que juntamente con esta costumbre autorizan la tortura. Porque ¿cuál interrogación más sugestiva que el dolor? El primer motivo se verifica en el tormento, puesto que el mismo dolor sugerirá al robusto una obstinada taciturnidad, para cambiar la mayor pena por la menor; y al flaco sugerirá la confesión, para librarse del tormento presente, más eficaz por entonces que el dolor venidero”.

<sup>22</sup>. El artículo 19, número 3, inciso quinto, de la Constitución chilena dispone: “Corresponderá siempre al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

<sup>23</sup>. GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, N° 81, Madrid, 1999, p. 88.

<sup>24</sup>. EDWARDS Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 132 y 133. En el mismo sentido, HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 234, afirman: “El derecho del imputado a guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento”. De aquí surge la garantía del imputado “a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable” (art. 14.3 g) PIDCP y art. 8.2 g) CADH”.

perjudica la calidad del juicio de hecho. Eso significa que existe una relación inversa entre el grado de respeto de tales derechos y las posibilidades de determinar el hecho y la participación. De acuerdo con ello, un mayor grado de disfrute de tales derechos redundaría en una disminución de las posibilidades de realizar esa inducción fáctica. Por el contrario, una restricción en el disfrute de los mismos aumenta tales posibilidades.

Un ejemplo bastante evidente de esta categoría de derechos fundamentales es la inviolabilidad del hogar, estatuido en el artículo 19, número 4, de la Constitución chilena<sup>25</sup>. En efecto, en el domicilio la persona despliega probablemente con máxima libertad sus planes de vida. Es el lugar de la verdad de un sujeto, de sus decisiones más personales, de las acciones que no desea entregar al conocimiento público. Por lo mismo, y en lo que interesa a la posibilidad de determinar si una cierta persona ha incurrido en el hecho investigado, es el lugar en el que ciertamente se encuentran evidencias, huellas y rastros de las opciones y conductas de una persona.

Como se puede advertir, el respeto o indemnidad de esta categoría de derechos fundamentales disminuye la posibilidad de esclarecer los hechos. Por el contrario, la afectación de los mismos incrementa esa posibilidad.

## **2. Aplicación del criterio**

En lo que sigue se esbozarán de manera sin duda superficial las consecuencias del criterio aquí sugerido. Ello se debe, por una parte, a que una exposición más acabada excede las pretensiones de este trabajo, que se limita a precisar la relación entre indemnidad de los derechos fundamentales y calidad del juicio de hecho. Y, por otra, a que una tal exposición extendería estas líneas mucho más allá de lo aconsejable. Pese a todo esto, no se renuncia a la posibilidad de esbozar, en los términos que se ha dicho, esas consecuencias, pues seguramente esto permitirá comprender de mejor manera el criterio ofrecido.

Pues bien, a partir de la distinción recién expuesta, se sugiere al juzgador que rechace inferencias en los derechos fundamentales cuya indemnidad favorece el esclarecimiento de los hechos y que admita un elevado grado de afectación de los derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica el esclarecimiento de los hechos, cuando se trata de diligencias de investigación. A continuación se explicita el modo en que ese criterio se aplica en este ámbito.

Ante todo conviene esclarecer que se entiende por diligencia de investigación toda actuación tendente a encontrar o generar medios de prueba que permitan esclarecer si se ha cometido el hecho investigado y si determinada persona es responsable del

---

<sup>25</sup>. El artículo 19, número 4, de la Constitución chilena prescribe: "La Constitución asegura a todas las personas la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada".

mismo. Estas actuaciones se producen fundamentalmente en la etapa de instrucción (o investigación), esto es, con anterioridad al momento en el cual se deduce acusación en contra del imputado. Ello se debe a que tales diligencias persiguen, precisamente, determinar si existe mérito para formular acusación en contra de este último. Es, por ejemplo, el caso de una diligencia de entrada y registro de un domicilio.

Pues bien, la realización de algunas diligencias de investigación implica la afectación de derechos fundamentales. Es en este escenario que se sugiere la aplicación del criterio de la distinción. Si el derecho que resultará afectado por la diligencia de investigación es de aquellos cuya perturbación disminuye la calidad del juicio de hecho, el juez debe rechazar la actuación solicitada. Por el contrario, si se trata de un derecho cuya afectación incrementa la calidad del juicio de hecho, entonces debe admitir la actuación de investigación.

Así, por ejemplo, si la diligencia de investigación consiste en la entrada y registro de un domicilio, el juzgador deberá concederla, bastando para ello que exista la más mínima sospecha de que en ese lugar se encuentra evidencia relativa a la comisión del delito investigado. Esto se debe a que se afecta un derecho fundamental, la inviolabilidad del hogar, cuya indemnidad perjudica el esclarecimiento de los hechos. Por el contrario, si se trata de obtener la declaración del imputado con anterioridad al juicio, el juez deberá rechazarla, a menos que se reúnan todas las condiciones necesarias para que esa declaración sea creíble. Esto se debe a que se afecta un derecho fundamental, el derecho a no declarar contra sí mismo, cuya indemnidad incrementa la calidad del juicio de hecho.

### **3. El contenido esencial como límite**

La propuesta planteada en este trabajo implica restringir, incluso severamente, aquellos derechos fundamentales cuya afectación favorece la calidad del juicio de hecho. De este modo, se está autorizando al Poder, en este caso al Poder Judicial, para intervenir intensamente tales derechos. Sin embargo, y como expresa el profesor De Asís, esa injerencia no puede realizarse de manera ilimitada. Precisamente al contrario, aquella debe estar sometida a ciertos parámetros, uno de los cuales es el contenido esencial de los derechos<sup>26</sup>. Este contenido esencial es límite de los límites, pues limita la posibilidad de limitar<sup>27</sup>.

<sup>26</sup>. En este sentido, expresa el profesor De Asís: "Interesa ahora subrayar cómo a su vez esta limitación del poder no podrá realizarse con plena libertad, sino que tendrá que estar limitada bajo ciertos parámetros. Este parece ser el significado que en nuestro Derecho tiene lo que se denomina como contenido esencial de los derechos fundamentales". Ver DE ASÍS ROIG, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, p. 84.

<sup>27</sup>. DE ASÍS ROIG, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, p. 85.

Con miras a precisar el significado de este contenido esencial, el Tribunal Constitucional español ha entregado elementos de análisis tanto positivos como negativos. Así, y en sentido positivo, ha sostenido que se entiende por contenido esencial “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos”<sup>28</sup>. En sentido negativo ha planteado que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”<sup>29</sup>.

El Tribunal Constitucional chileno, por su parte, ha sostenido que “debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”<sup>30</sup>.

Por cierto que en el caso concreto será difícil determinar el contenido esencial de un derecho fundamental que se pretende limitar para lograr el más acertado juicio de hecho que sea posible. En ese evento el propio Tribunal Constitucional español ha sentenciado que, en caso de controversia, a él corresponde determinar cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental<sup>31</sup>. Seguramente la misma potestad puede atribuirse al Tribunal Constitucional chileno, como máximo intérprete de las disposiciones constitucionales del país.

Por tanto, y en suma, el contenido esencial de los derechos opera como límite para la afectación de aquellos derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica la determinación de los hechos y la participación.

<sup>28</sup>. Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 8. En el fundamento jurídico 10 se complementa esa noción al explicar que se entiende “por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución se otorga el derecho”.

<sup>29</sup>. Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 10, en la que transcribe lo dispuesto en la sentencia 11/1981, de 8 de abril.

<sup>30</sup>. Sentencia rol N° 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 21.

<sup>31</sup>. En este sentido se pronunció en la sentencia 112/2006, de 5 de abril, en cuyo fundamento jurídico 8 reiteró la siguiente doctrina: “No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2”).

## V. Conclusiones

El problema que ha pretendido enfrentar este trabajo, según se expresó en la introducción, es precisar la relación entre derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos en el ámbito penal. Para ser más precisos, se ha intentado responder si la afectación de derechos fundamentales tiene incidencia en la determinación de los hechos investigados y de la participación en los mismos.

La respuesta ofrecida por la doctrina prevaleciente, que también puede ser llamada tradicional, no puede ser compartida. Según se ha visto, sostener de manera necesaria y sin matices una contraposición entre respeto de los derechos fundamentales y menor calidad del juicio de hecho no resulta acertado. El modo en que los derechos fundamentales se relacionan con el esclarecimiento de los hechos impide compartir dicha afirmación.

En efecto, y según se ha mostrado en este trabajo, la indemnidad de algunos derechos fundamentales incrementa la posibilidad de esclarecer los hechos, mientras la indemnidad de otros perjudica esa posibilidad. En consecuencia, el criterio que se propone es el de la distinción entre diversas categorías de derechos fundamentales, separándolos precisamente desde el punto de vista de su incidencia en el esclarecimiento de los hechos.

En cuanto a la aplicación de este criterio, se recomienda al juzgador penal autorizar con flexibilidad las diligencias de investigación que importen afectar la primera clase de derechos fundamentales. Por el contrario, se le sugiere rechazar la realización de aquellas diligencias que impliquen la lesión de derechos fundamentales de la segunda clase. Por cierto este no es el único criterio que debe concurrir para decidir la admisión o rechazo de diligencias de investigación. Sin embargo, se debe tener a la vista como un criterio fundamental si se desea lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo a la determinación del hecho y de la participación.

Por último, se advierte también, como parte de esta propuesta, que una autorización para afectar derechos fundamentales debe respetar como límite el contenido esencial de los derechos fundamentales. La cláusula de esencialidad opera, en este sentido, como límite de la afectación.

## Bibliografía

- ALBIÑANA OLMOS, Joseph Luis, Las intervenciones corporales en el proceso penal: Las debilidades de los procesos penales nacionales /en/ Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla–La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf)
- BECCARIA, Césare Bonesana Marquez de, Tratado de los delitos y de las penas, traducción de Juan Antonio de las Casas, Fabian Di Placido, Buenos Aires, 1998.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Debate, Madrid, 1992.
- EDWARDS, Carlos Enrique, Garantías constitucionales en materia penal, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.uv.es/mariaj/razon/razonamientoold/TEMA8.pdf>
- GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, N° 81, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, El proceso penal español y la prueba ilícita /en/ Rev. Derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2005, vol.18, Núm. 2 [citado 9 noviembre 2007], pp. 187-211. Disponible en la World Wide Web: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200009-&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009-&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-0950
- GUZMÁN FLUJÁ, Vicente C., El agente encubierto y las garantías del proceso penal /en/ Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla–La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/vicente%20guzman%20es.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/vicente%20guzman%20es.pdf)
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho procesal penal chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.



- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN. /en/ Revista Derecho y salud: publicación oficial de la Asociación de Juristas de la salud [on line], julio-diciembre 1995, Vol. 3, Núm. 2 [citado 10 noviembre 2007], pp. 225-234. Disponible en la Word Wide Web: [www.ajs.es/downloads/vol0314.pdf](http://www.ajs.es/downloads/vol0314.pdf)
- MARTÍNEZ PÉREZ, Mario Alberto, Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal /en/ Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, El Nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño [on line], [citado 25 noviembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/55revistajussemperlaoquitur/DIFERENCIA%20SUSTANCIAL%20ENTRE%20VERDAD%20HISTORICA%20Y%20VERDAD%20PROCESAL.pdf>
- MORENO CATENA, Víctor, Presente y futuro del proceso penal español /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVI - Núm. 2 (1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pp. 69-90.
- MUÑOZ-CONDE, Francisco, Búsqueda de la verdad en el proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal /en/ Eguzkilore (Flor protectora contra las fuerzas negativas), Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología [on line], octubre 1997, Núm. 10 extraordinario [citado 10 noviembre 2007], pp. 121-160. Disponible en la Word Wide Web: [www.sc.ehu.es/scrwwiv/Eguzkilore/10%20ext/Subijana%20\(castellano\)%2010%20ext.pdf](http://www.sc.ehu.es/scrwwiv/Eguzkilore/10%20ext/Subijana%20(castellano)%2010%20ext.pdf)
- VACANI, Pablo Andrés, Hacia un cambio metodológico. Análisis de las prácticas penitenciarias y judiciales a la luz de la lógica de los campos, INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales) [on line], [citado 7 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [www.inecip.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=53](http://www.inecip.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=53)
- VIDAL FUEYO, María del Camino, Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MariaVidal.pdf](http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MariaVidal.pdf). También disponible /en/ Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (coord. Por Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra) Vol. 1, 2006, págs. 1425-1440 ISBN 84-9767-692-0.
- ZULUAGA TABORDA, John E., Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o "Sistema procesal penal acusatorio" /en/ Revista Co-Herencia, Universidad EAFIT [on line], Núm. 6 [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/D5E919D8-B640-4BF5-A69C-DB66CD177B28/0/funci%C3%B3ndecontroldegarant%C3%ADasIII.doc>